

EMÍLIO MASSAKI MATSUBARA

RELATIVIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Cacoal

2006

EMÍLIO MASSAKI MATSUBARA

RELATIVIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia – UNIR - *campus* de Cacoal como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação do Professor Mestre Francisco José Garcia Figueiredo.

Cacoal

2006

EMÍLIO MASSAKI MATSUBARA

RELATIVIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Rondônia – UNIR - *campus* de Cacoal como exigência parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação do Professor Mestre Francisco José Garcia Figueiredo.

BANCA EXAMINADORA

<hr/>	<hr/>
primeiro examinador	NOTA
<hr/>	<hr/>
segundo examinador	NOTA
<hr/>	<hr/>
terceiro examinador	NOTA

Aprovado pelos membros da banca examinadora da Universidade Federal de Rondônia – UNIR – campus de Cacoal em ____/____/____, com conceito final ____ (____).

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia primeiramente a **DEUS**, por me permitir à vida, a meus pais, **BUNICHI MATSUBARA e YUKIE MATSUBARA (in memorian)**, com os quais todo o esforço na minha formação tem sentido de amor e gratidão, a minha mulher **ROGÉRIA**, pelo amor materializado em apoio e paciência, aos meus filhos **AYRA E BRUNO**, pelo incentivo a dar um exemplo de vida, aos meus **IRMÃOS E IRMÃS** que tanto amo, aos **PROFESSORES** e **AMIGOS** companheiros de jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador professor **FRANCISCO JOSÉ GARCIA FIGUEIREDO**, por me permitir furtar algumas horas do seu restrito tempo pessoal, dedicado à docência, para momentos de orientação.

Agradeço ao amigo **MARCONDES NONATO BENTO DA SILVA**, pela contribuição à elaboração desta monografia.

Agradeço a **ULBRA DE JI-PARANÁ/RO**, na pessoa dos servidores da biblioteca, por me permitir o uso dos seus bens, para a pesquisa necessária ao desenvolvimento desta monografia.

Agradeço também, a todos aqueles que de qualquer forma contribuíram à elaboração desta monografia.

FRASE DE REFLEXÃO

Ponha sua vida nas mãos do Senhor, confie nele, e Ele o ajudará. Ele fará com que a sua honestidade seja como a luz e com que a justiça da sua causa brilhe como o sol do meio-dia.

Salmo 37.5-6

RESUMO

A relativização das cláusulas pétreas ainda tem gerado grandes discussões entre os operadores jurídicos brasileiros, apesar de inúmeros julgados nesse sentido pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro. A dificuldade de compreensão desse tema que reflete a transição de concepção pré-moderna para pós-moderna do direito, está na educação que não estimula o raciocínio jurídico, visando atender as exigências dos concursos de carreiras jurídicas. A formação acadêmica ainda se baseia no legalismo estrito do positivismo jurídico, contribuindo para a manutenção histórica dos interesses elitistas dominantes. O estudo erigiu-se a partir da pesquisa bibliográfica, utilizando-se métodos sincréticos de abordagem. Analisa-se a evolução histórica do direito, para entender a pretensão positivista de tornar imutáveis tais cláusulas, por meio de limites materiais e formais, explícitos e implícitos impostos pelo constituinte originário. Aponta-se a relativização excepcional das cláusulas pétreas no Estado de exceção via aspecto formal, para destacar que a regra é a relativização ocorrer no aspecto informal, com destaque para interpretação constitucional judicial. Os diversos julgados dos órgãos judiciais comprovam que o tema apesar de continuar atual, não é novidade no sistema jurídico para continuar causando tanta polêmica. Os resultados alcançados evidenciam o tamanho desrespeito a Constituição pelo Poder Executivo e Legislativo, que, muitas vezes, tentam ir além dos limites materiais e formais, explícitos e implícitos impostos pelo constituinte originário, em outras palavras, tentam fraudar a Constituição via reforma formal. Tentou-se atribuir a existência de cláusulas pétreas explícitas e também implícitas responsabilidade pelo engessamento do sistema constitucional. A necessidade de mudança da Constituição via formal se deve mais a cultura da supremacia do legislador. A mudança informal da Constituição ocorre pelos anseios da sociedade em face à realidade. O órgão de cúpula do Poder Judiciário, o STF, é o principal responsável pela mutação constitucional, qual seja, a reinterpretação da norma adequando-a aos anseios da sociedade, sem alterar o texto constitucional. Nesse contexto surge o novo direito constitucional, fruto da redemocratização no Brasil, em que se busca dar maior efetividade às normas constitucionais em face da omissão ou oportunismo legiferante de maiorias parlamentares. A Constituição nesse interpretar deixa de ser mera carta de intenções, os princípios constitucionais ganham mais importância que as regras e as cláusulas pétreas podem ser relativizadas, nunca suprimidas. O controle de constitucionalidade no Brasil é o judicial misto, na forma difusa e concentrada. Qualquer juiz pode fazer o controle de constitucionalidade na forma difusa, utilizando-se de técnicas especiais de interpretação, porém presos ao legalismo positivista, esses juízes resistem em reconhecer a importância dessa interpretação judicial. O problema é mais político do que jurídico, a começar pela composição dos membros do STF nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, sem participação formal dos membros do

Poder Judiciário. Os três poderes têm que fazer funcionar nos seus próprios órgãos ideais republicanos e democráticos consubstanciados na Constituição Federal de 1988. Obstante, a relativização das cláusulas pétreas demonstra nessa tentativa de superação histórica, a possibilidade do direito reencontrar seu verdadeiro fim que é a justiça.

Palavras-chave: discussão, formal, informal, mutação, constitucionalidade, justiça.

ABSTRACT

The relativização of the stony clauses still has generated great quarrels between the Brazilian legal operators, although innumerable judged in this direction for the agencies of the Brazilian Judiciary Power. The difficulty of understanding of this subject that reflects the transistion of daily pay-modern conception for after-modern of the right, it is in the education that does not stimulate the legal reasoning, aiming at to take care of the requirements of the competitions of legal careers. The academic formation still is based on the strict legalism of the legal positivismo, contributing for the historical maintenance of the dominant elitist interests. The study it was elevated from the bibliographical research, using sincréticos methods of boarding. It is analyzed historical evolution of the right, to understand the pretension positivista to become invariant such clauses, by means of material and formal limits, explicit and implicit taxes for the originary constituent. It is pointed bonanza relativização of the stony clauses in the State of exception saw aspect formal, to detach that the rule is the relativização to occur in the informal aspect, with prominence for judicial constitutional interpretation. The diverse ones judged of the agency judicial prove that the subject although to continue current, it is not newness in the legal system to continue causing as much controversy. The reached results evidence the so great disrespect the Constitution for the Executive and Legislative, that, many times, tries to go beyond the material and formal limits, explicit and implicit taxes for the originary constituent, in other words, try to embezzle the Constitution saw reform formal. It was tried to attribute to the existence of explicit and also implicit stony clauses responsibility for the engessamento of the constitutional system. The necessity of change of the Constitution saw deed of division if the culture of the supremacy of the legislator must more. The informal change of the Constitution occurs for the yearnings of the society in face to the reality. Agency of cupola of the Judiciary Power, the STF, is main the responsible one for the constitutional mutation, which is, the reinterpretação of the norm adjusting it it the yearnings of the society, without modifying the text constitutional. In this context the new constitucional law appears, fruit of the redemocratização in Brazil, where if it searches to give to greater effectiveness to the constitutional ruleses in face of the omission or opportunism legislator of parliamentary maiorias. The Constitution in this to interpret leaves of being mere letter of intentions, the principles constitutional gain more importance that the stony rules and clauses can be relativized, never suppressed. The control of constitutionality in Brazil is the judicial compound, in the diffuse and intent form. Any judge can make the control of constitutionality in the diffuse form, using itself of interpretation techniques special, however imprisoned the positivista legalism, these judges resist in recognizing the importance of this

rulling. The problem is more politician of what legal, to after start for the compositio members of the STF nominated for the President of the Republic approval of the Senate, without formal participation of the members of the Judiciary Power. The three powers have that to make to function in its proper organisms, consubstanciados the republican and democratic ideals in the Federal Constitution of 1988. Not obstante, the relativização of the stony clauses demonstrates in this attempt of historical overcoming, the possibility of the right to reencontrar its true end that is justice.

Words keys: quarrel, deed of division, informal, mutation, constitutionality, justice

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. REFLEXÕES PRELIMINARES ACERCA DAS CLÁUSULAS PÉTREAS	15
1.1 A Divergência Doutrinária.....	15
1.2 Conceito	16
1.4. A Influência da Relativização da Coisa Julgada.....	20
1.5. Interdisciplinaridade como Fator de Compreensão	22
1.6. Ideologia e Discurso Constitucional	24
2. DAS CLÁUSULAS PÉTREAS E O PODER PRESENTE E ANTECEDENTE QUE AS INSTITUIU	26
2.1 Poder Constituinte Originário Histórico	26
2.1.1 Direito Natural	26
2.1.2 Jusnaturalismo	27
2.2 Poder Constituinte Originário Revolucionário e o Fim do Jusnaturalismo	28
2.2.1 Estado de Direito, Primeira Geração de Direitos Fundamentais e a Decadência do Jusnaturalismo	28
2.2.2 Nascimento do Poder Constituinte Originário Revolucionário e a Idéia de Democracia.	30
2.3 Segunda, Terceira e Quarta Geração de Direitos Fundamentais Consubstanciados na Cf/88	31
2.3.1 Segunda Geração de Direitos Fundamentais e Estado da Social Democracia.....	31
2.3.3 Quarta geração de Direitos Fundamentais	34
3. DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL E OS PODERES DERIVADOS DO ORIGINÁRIO	35
3.1 O Positivismo se Prolonga no Tempo.....	35
3.2 Constituição Real, Material, Formal e as Cláusulas Pétreas Explícitas e Implícitas.	36
3.3 Efeito Positivo e Negativo da Rigidez Constitucional.....	38
3.4 Poder Constituinte Derivado Reformador	39
3.5 Poder Constituinte Derivado Decorrente	39
3.6 Poder Constituinte Derivado Revisor	40
3.7 A Mitigação das Cláusulas Pétreas no Estado de Defesa e no Estado de Sítio	40
4 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	42
4.1. A necessidade do Processo informal de mudança na Constituição	42

4.2. O Poder Constituinte Difuso	43
4.3. O Costume Constitucional	44
4.4. A Interpretação Constitucional	45
4.4.1.A Interpretação Constitucional Judicial	47
5 TEMAS ATUAIS ENVOLVENDO A RELATIVIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS	49
5.1. Sigilo de Fonte versus Direito à Segurança, à Proibição administrativa, à Inviolabilidade das Comunicações Telefônicas, à Intimidade.....	49
5.2.Direito à Liberdade de Crença versus Direito à Segurança Pública e à Paz Social.....	51
5.3. Sigilo de Correspondência de Preso versus Segurança da Comunidade	52
5.4. Provas Ilícitas e Ilegítimas versus Condenação Injusta	52
5.5. Alguns Julgados de Órgãos Judiciais Relativizando Cláusulas Pétreas	54
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo dar uma contribuição para o debate acerca da relativização das cláusulas pétreas, no sentido de investigar os antecedentes teóricos e filosóficos desse tema que reflete o surgimento de um novo direito constitucional, ainda carente de compreensão pelos operadores jurídicos brasileiros que vivem a transição de um direito pré-moderno para pós-moderno.

Dessa forma, semelhante ao trabalho do historiador, investiga-se a inserção das chamadas cláusulas pétreas, no art. 60, § 4º, da CF/88, para entender o que se passou, a possibilidade de relativização delas no presente, e qual será o futuro do constitucionalismo no Brasil.

A busca desse compreender erigiu-se a partir da pesquisa bibliográfica. A linha teórica abordada foi bastante diversificada com consulta a vários doutrinadores da área constitucional. A metodologia de abordagem varia entre os métodos indutivo, dedutivo e dialético combinado com os métodos jurídico histórico e monográfico, configurando um sincretismo metodológico diante da complexidade acerca das teorias criadas e recriadas pelo próprio homem.

No primeiro capítulo, reflete-se acerca das cláusulas pétreas, caso prevalecesse à posição doutrinária minoritária de que se poderia revogá-las, nesse sentido não haveria razão para cláusulas “duras como pedra”. Em seguida, comenta-se sobre a formação defeituosa de juristas que implica na dificuldade de se entender a realidade constitucional, além da

necessidade de interagir com outras disciplinas para completar e ampliar significados surgidos de fenômenos jurídicos, a exemplo da relativização da coisa julgada material, para se libertar da ideologia promovida por meio de um discurso constitucional.

No segundo capítulo, verifica-se o poder que instituiu as cláusulas pétreas, traçando a evolução histórica do direito, para entender a pretensão positivista de tornar imutáveis tais cláusulas.

No terceiro capítulo, trata-se das limitações que os poderes reformadores da Constituição devem observar, resultando em rigidez constitucional quanto ao modo de alteração, e também, da possibilidade excepcional de relativização das cláusulas pétreas sob o aspecto formal.

No quarto capítulo, dá-se ênfase ao aspecto informal de mudança da Constituição pelos poderes da República, com destaque para o Poder Judiciário, por meio de sua interpretação Judicial Constitucional, com atenção ao STF.

O quinto capítulo é dedicado ao estudo dos temas polêmicos envolvendo a relativização das cláusulas pétreas, com alguns exemplos de julgados relacionados ao tema.

Finalmente, na conclusão uma exposição sintética dos resultados auferidos no desenvolvimento do tema abordado.

1. REFLEXÕES PRELIMINARES ACERCA DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

1.1 A Divergência Doutrinária

Segundo Palhares Moreira Reis¹, amparado pelo entendimento da maioria da doutrina, entende que a Constituição Federal de 1988 inovou ao inserir os direitos fundamentais no art. 60, §4º, as cláusulas pétreas, como limitação da capacidade de reforma constitucional, quer por via revisão, quer por emenda expressamente prevista:

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa do Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação de poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

Porém, há algumas exceções, vindas de renomados constitucionalistas como Jorge Miranda e Manoel Gonçalves Teixeira Filho, citados por Pedro Lenza² os quais entendem que o constituinte de 1987/1988 foi investido apenas de poderes especiais por força da Emenda Constitucional de nº 26/85 à Constituição de 1967, não devendo ser considerado como expressão do poder constituinte originário.

¹Inconstitucionalidade das Emendas Constitucionais na Carta Federal de 1988. Consulex - Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 9, n. 209, p.57, set. 2005

² Direito Constitucional Esquematizado. 8 ed. São Paulo: Método, 2005, p.250

Por essa razão, Jorge Miranda³ defende a teoria da dupla revisão, através da qual “em um primeiro momento se revoga uma cláusula pétrea, para em seguida, modificar aquilo que a cláusula protegia”.

A demonstração dessas posições doutrinárias antagônicas é um aceno inicial, para alertar das adversidades que serão encontradas neste campo constitucional ainda conflitante e indefinido, que mais cedo ou mais tarde se agigantará à frente dos inevitáveis participantes do mundo jurídico.

A antítese gera um intervalo nebuloso até a síntese. A evolução se dá por etapas, gerando a possibilidade de trabalhos como este.

Discutir as cláusulas pétreas, inseridas na Constituição é falar em tensão na estabilidade de um sistema jurídico, porque se opõe àquelas lições preliminares de direito que todo estudante recebe, entre elas, a de que o direito é dinâmico.

A presente questão se torna preocupante à medida que se reflete sobre as idéias de Eloy García, sintetizadas por Fábio Nadal⁴:

[...] o constitucionalismo democrático assim como ocorreu com o mundo soviético, começa a encaminhar-se para um gigantesco vazio, pois o seu modelo representa uma paródia da realidade.

1.2 Conceito

Uadi Lammêgo Bulos⁵, analisando as cláusulas pétreas, ensina que o vocábulo pétreo vem de pedra, significando “duro como pedra”, “insensível”, “petroso”.

É coerente a denominação porque tais cláusulas estão situadas no art. 60, §4º, da Constituição Federal de 1988.

³ Id., *ibid.*, p.254

⁴ A Constituição como Mito: o mito como discurso legitimador da constituição. São Paulo: Método, 2006, p.66

⁵ Cláusulas Pétreas na Constituição de 1988 Disponível em: www.suigeneris.pro.br/direito_dc_petreas.htm. Acesso em setembro de 2005

O art. 60 que trata da emenda à Constituição situa-se na subseção II, da seção VIII (do processo legislativo), do capítulo I (do Poder Legislativo), do título IV (da organização dos poderes), da Magna Carta de 1988.

Dessa análise situacional tem-se que cláusulas pétreas são, portanto, exceções impostas pelo constituinte originário ao poder de reforma do constituinte derivado, no qual fazem parte os atuais membros do Congresso Nacional.

A coerente inserção no texto constitucional e a etimologia da palavra de fácil compreensão fazem com que Uadi Lammêgo Bulos⁶, conceitue cláusula pétrea como aquela “imodificável, irreformável, insuscetível de mudança formal” (original sem grifo).

O grifo é proposital para explanar a possibilidade de relativização das cláusulas pétreas via mudança sob o aspecto informal.

Por detrás do simples conceito realizado por meio do traslado das palavras no campo constitucional, se escondem seus verdadeiros sentidos no contexto ao qual estão inseridos.

Essa observação é importante porque muitos estudantes e estudiosos do direito, predominantemente da nova geração, se equivocam ao verificar somente os signos lingüísticos. Eles aceitam o conceito pronto, mesmo quando indica a necessidade de investigação.

Constata-se a afirmação acima dita, por meio do reduzido comentário que os doutrinadores constitucionalistas dão às clausulas pétreas em suas obras. Nas salas de aula do ensino jurídico, em tese, não seria diferente, salvo exceções.

⁶ Id., *ibid.*, p.1.

1.3 A Crise do Ensino Jurídico Brasileiro

Inevitavelmente, em reflexões mais acuradas tem-se que comentar sobre a Educação no Brasil, em especial, a do ensino jurídico brasileiro porque formadora de juristas, cuja distorção acarreta graves problemas, conforme explica Luiz Flávio Borges D'urso⁷:

[...] A proliferação de cursos de Direito, sem condições mínimas para formar bem o bacharel, contribui para expandir a deterioração do ensino. A consequência aparece na corrente do despreparo que abrange todo o universo da administração da Justiça. Por tudo isso, está na hora de as forças políticas e institucionais da Nação se integrarem em um esforço estratégico para a refundação do Estado.

Além disso, não há e nem se cria mais espaço, para se aprofundar em matérias que exigem o conhecimento mínimo de outras ciências.

As exigências do mercado de trabalho cada vez mais competitivo fazem com que os estudantes rejeitem as disciplinas de formação geral, tais como a sociologia, filosofia, antropologia, ética, psicologia, etc. Isso é constatado ao se verificar as matrizes curriculares dos cursos de direito espalhados por este Brasil, em que as faculdades se dedicam à formação de técnicos, operadores do direito, preparados para o formato das provas dos concursos públicos para a carreira jurídica.

O resultado desse círculo vicioso é que a grande maioria das nossas autoridades públicas, sob a “proteção das leis” torna o Estado brasileiro injusto. Exemplos do afirmado é o magistrado formalista ao extremo, o legislador que legisla em prol de interesses de grupos, o administrador corrupto e mal pagador.

O esforço para mudar o ensino jurídico veio com a Resolução nº 9, de setembro de 2004, determinando a inclusão nas matrizes curriculares dos cursos de direito três novas disciplinas: Antropologia, História do Direito e Psicologia, conforme explana Renata Malta Vilas-Boas⁸. Um ato isolado importante, mas que não mudará a realidade do ensino jurídico brasileiro, se não for determinado às empresas responsáveis pela elaboração das provas dos

⁷ Refundar o Estado. Consulex - Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 9, n. 210, p.66, out.. 2005

⁸ O Ensino Jurídico e a Resolução Nº 9/04. Consulex – Prática Jurídica, Brasília, DF, ano 5, n. 49, p.25, abr 2006

concursos públicos de carreiras jurídicas, a utilização de critérios de forma a selecionar verdadeiros juristas.

A falta de empregos e a abertura de várias faculdades de direito no País, até em cidades com cinco mil habitantes, indicam os entraves para estimular os acadêmicos nos estudos de disciplinas de formação geral. Diante desse quadro, acontecerá o que acontece hoje na educação brasileira, a escola finge que ensina e o aluno finge que aprende.

Presume-se do exposto acima, que a ignorância jurídica contribui para a manutenção no poder das elites dominantes, da mesma forma que se beneficiam da ignorância da população. Segundo Luiza Nagib Eluf⁹, dados da última pesquisa do Ibope sobre analfabetismo funcional mostram que 75% da população não conseguem ler nem escrever satisfatoriamente. Isso significa que dos 170 milhões cerca de 130 milhões de brasileiros vivem na ignorância. Interessante transcrever sua conclusão na íntegra:

E para piorar o quadro, dos 40 milhões que, supomos, são alfabetizados de verdade, poucos gostam de ler. É enorme a quantidade de cidades brasileiras que nem sequer têm livrarias, e muitas delas abrigam universidades. Difícil saber como conseguem ensinar sem livros[...]

O momento é de tomada de consciência e de adoção de medidas imediatas. Se não afastarmos e punirmos com rigor os corruptos, se não recuperarmos o dinheiro que nos foi subtraído, se não investirmos em educação, continuaremos sendo vítimas de aventureiros e aproveitadores.

Os comentários acima são necessários ao tema proposto. Não se tornam incoerentes porque harmonizados com a finalidade desta monografia, que se presta a aprofundar um tema emergente que é a possibilidade de relativização das cláusulas pétreas.

Apesar da crise de legitimidade que sofre o Poder Judiciário, é por meio da nova interpretação constitucional provinda dele, que o povo brasileiro poderá ver reduzido às injustiças sociais.

⁹ Um País de Analfabetos. Consulex - Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 9, n. 212, p. 52, nov. 2005

O título poderia ser até reflexões filosóficas acerca das cláusulas pétreas ou as cláusulas pétreas no contexto do novo direito constitucional brasileiro. Mas preferiu-se o vocábulo relativização porque é mais englobante e confirma uma realidade.

Como ensina Lênio Luiz Streck¹⁰:

[...] ocorreu uma verdadeira revolução copérnica da filosofia, do direito constitucional e da ciência política, que ainda não foi suficientemente recepcionada pelos juristas brasileiros.

Há poucos escritos específicos sobre esse assunto no novo contexto. Logo, não se estará diante de uma doutrina sintética como se aparenta muito dos trabalhos monográficos acadêmicos, mas, sim, diante de um esforço reflexivo na forma escrita para contribuir na divulgação do novo anunciado.

1.4. A Influência da Relativização da Coisa Julgada

Luís Roberto Barroso¹¹, interpretando Gadamer, explica que:

Ao compreender alguma coisa, a pessoa estará sempre vinculada ao conjunto de experiências trazidas na história que formou, indissociavelmente, a sua cosmovisão e pré-moldou suas interações intelectivas com os fenômenos que se postaram à sua frente.

O interesse é despertado quando a base da qual o jurista se posicionava é balançada.

A ação rescisória que o professor da cadeira de processo civil ensinava ser definitiva, depois de expirado o prazo para sua propositura já não é mais. Deve-se considerar uma exceção, o princípio da segurança jurídica sendo abalado pela relativização da coisa julgada material.

Flavia Cunha Rios¹², dissertando sobre o fenômeno ensina:

¹⁰ A jurisdição Constitucional e as Possibilidades Hermenêuticas de Efetivação da Constituição: Um Balanço Crítico. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n.3, 2003, p.380

¹¹ Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. p. 33

Na verdade, estamos diante de uma tensão entre a justiça e a segurança jurídica; se atribuirmos ao Princípio da Intangibilidade da Coisa Julgada um caráter absoluto, estamos supervalorizando tal instituto em detrimento da própria Constituição, que passaria a ser o direito aplicado segundo decisões definitivas não mais passíveis de impugnação.

Seus argumentos se fundam em julgados do STF e, também, em processualistas renomados como Thereza Arruda Alvim Wanbier e José Miguel Garcia Medina¹³:

A proteção constitucional do instituto da coisa julgada se refere ao Princípio da irretroatividade da lei, de forma que tal proteção não deve ser superestimada, sob pena de se perder de vista a idéia de instrumentalidade do processo. Assim, os institutos processuais possuem cada qual sua finalidade, e todos surgem do direito material, principalmente, à sociedade.

O vocábulo relativização é totalmente adequado e prefere ao vocábulo flexibilização. Este é inadequado, porque relacionado à tentativa de desregulamentação das leis trabalhistas. Coincidentemente, os dois vocábulos se confundem e trazem uma carga de desconfiança da sociedade ao modelo neoliberal adotado e continuado no governo do atual Presidente da República Federativa do Brasil, Luís Inácio Lula da Silva.

Essa conclusão é compartilhada no trabalho de Marília Denardin Budó¹⁴:

A proposta de flexibilização do direito do trabalho é reflexo da ideologia neoliberal, que atinge várias partes do mundo hoje. Tal ideologia já está em decadência, vistas as várias crises mundiais que se sabe decorrentes dela. Devido às políticas decorrentes da ideologia neoliberal é que se desregulamentou os direitos dos trabalhadores nos vários países citados no corpo do trabalho, causando mais desemprego e desestabilização da economia.

Por outro lado, relativização tem a ver com o constitucionalismo, conforme será oportunamente explicado adiante.

Aurélio Buarque de Holanda¹⁵ emprega dois significados ao vocábulo relativismo, primeiro o filosófico, que significa atitude ou doutrina que afirma que as verdades (morais,

¹² A Relativização da Coisa Julgada e Aspectos Processuais. Direito Público. Porto alegre: síntese, Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2005, v.3, n.11, p.5

¹³ Op. cit. p. 33

¹⁴ Flexibilização do Direito do Trabalho. E a Justiça Social. Disponível em: <http://w.w.w.ufsm.br/artigos/flexibilização-clt.htm>. Acesso em 21/12/05

¹⁵ Novo Aurélio, Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999

religiosas políticas, científicas etc.) variam conforme a época, o lugar, o grupo social e os indivíduos; segundo, o jurídico, significando aquilo que não é absoluto.

Superado a dificuldade de aceitar a relativização da coisa julgada, surge, ao pesquisador, a primeira pergunta: como algo que é insuscetível de reforma pode ser relativizado? A segunda é: como algo que a Constituição determinou imodificável pode ser modificado? Não seria fraude à Constituição?

Feitas essas considerações, percebe-se o mundo do abstrativismo que se levanta à frente do pesquisador. O apego à lógica das ciências naturais se distancia das ciências abstratas, à medida que não se emprega esforço necessário para o entendimento que as aproxima.

O jurista que interpreta a Constituição tem um papel fundamental, na polêmica questão da relativização ou não, de determinada cláusula pétrea.

Dessa forma, se utilizar somente à interpretação gramatical, restritiva ou sistemática como técnicas convencionais de hermenêutica jurídica, sem amparo da teoria constitucional que vem se firmando, incorre-se na primeira incoerência com o tema, relativização das cláusulas pétreas, ao qual se propõe enriquecer os debates.

1.5. Interdisciplinaridade como Fator de Compreensão

Apesar, do objeto deste trabalho não ser a interdisciplinaridade, é necessário ressaltar a importância dela porque fornece elementos indispensáveis à correta compreensão do tema.

O professor Willian Douglas Resinete dos Santos¹⁶ alerta para a importância:

Além de devermos considerar o direito como um bloco monolítico, um sistema, devemos interligá-lo às demais ciências e disciplinas. Uma das maiores falhas dos operadores jurídicos é desprezar as demais disciplinas tais como a Psicologia,

¹⁶ Como Passar em Provas e Concursos: tudo o que você precisa saber e nunca teve a quem perguntar. 17 ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p.370

sociologia, Educação, Assistência Social, etc. Afinal, a solução para os problemas sociais só será encontrada quando todos os profissionais, cada um dentro de suas especialidades, mas interagindo, contribuirão.

Ivo Dantas¹⁷ ensina que cabe à Sociologia Jurídica analisar a elevação dos valores sociais à categoria constitucional, ou seja, a constituição material real à constituição material normativa. Alerta ainda, o jurista não pode ficar indiferente diante da barreira erguida.

Maria Helena Diniz¹⁸ ensina que:

[...] Sociologia jurídica é a ciência que estuda tanto a formação como o dinamismo do direito, verificando qual é sua função no seio da coletividade e como influi na vida social, sem ter a preocupação de elaborar normas e de interpretar as que vigoram numa dada sociedade.

Alexandre de Moraes¹⁹ conceitua o Direito Constitucional como:

[...] ramo do Direito Público, destacado por ser fundamental à organização e ao funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e do estabelecimento das bases da estrutura política. Tem, pois, por objeto a constituição política do Estado, no sentido amplo de estabelecer sua estrutura; a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, através inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais” (grifo nosso).

Cita²⁰ J.J. Gomes Canotilho, o qual ensina que como produto legislativo máximo do Direito Constitucional, encontra-se a própria Constituição, elaborada para exercer dupla função: “garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro”.

Se o jurista decidir, neste momento, que não pode ir além, sob pena de invadir área de estudo que não lhe é afeta, estará impondo uma grande barreira na investigação do estudo do direito constitucional, e conseqüentemente, não admitirá, via moderna dogmática jurídica, a possibilidade de relativização das cláusulas pétreas dentro do ordenamento jurídico.

Com efeito, será mais um dos cultores da Teoria do Direito Constitucional que se prende apenas ao conceito formal da Constituição, numa perspectiva meramente jurídica, tendo uma visão incompleta de tão importante assunto.

¹⁷ Op. Cit. p.47

¹⁸ Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 227

¹⁹ Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 1991, p.20

²⁰ Id. Ibid., p.20

Decidindo que sim, Ivo Dantas²¹ afirma que a Teoria do Direito Constitucional oferecerá ao estudioso os elementos indispensáveis à compreensão do fenômeno constitucional.

1.6. Ideologia e Discurso Constitucional

Aurélio Buarque de Holanda²² ensina que modernamente o vocábulo ideologia é pejorativo, pois, significa o afastamento de certas realidades usando como meio a ocultação ou a visualização delas sob outra ótica para se harmonizar com os interesses unilaterais, a exemplo, dos oligárquicos ou classistas.

Sobre o discurso ideológico, Fábio Nadal²³ cita os ensinamentos da filósofa, Marilena Chauí:

[...] é aquele que pretende coincidir com as coisas, anular a diferença entre o pensar, o dizer e o ser e, destarte, engendrar uma lógica da identificação que unifique pensamento, linguagem e realidade para, através dessa lógica, obter a identificação de todos os sujeitos sociais com uma imagem particular universalizada, isto é, imagem da classe dominante.

Diante disso, o acima citado autor²⁴ conclui que:

Num primeiro momento a ideologia converte as idéias em explicações das relações sociais e políticas, ocultando a evidência de que referidas idéias somente são explicáveis pela forma da sociedade e da política.[...]
Num segundo nível, a ideologia deixa de ser uma representação das interações sociais e passa a ser um discurso sobre o social e a política, buscando fazê-lo coincidir com a realidade (universalização da imagem particular). Nesse passo, a justificação do poder leva a legitimação do Estado Moderno.

²¹ Op. cit., p.45

²² Novo Aurélio, Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999, p.417

²³ Op. cit., p.105

²⁴ Id. Ibid., p.105

Maria Helena Diniz²⁵, com base nos ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Jr., explica que a avaliação de certos dogmas se dá por meio de um discurso persuasivo cuja função é interagir com o receptor visando à aceitação dele.

A constituição de 1988 é dogmática e eclética quanto ao modo de elaboração, pois, reflete a aceitação de certos dogmas reputados verdadeiros pela Ciência Política, cuja linha ideológica não é definida.

Com a chegada do neoliberal e ex-presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, a mutação constitucional se deu por meio de reinterpretação das regras de direito social que flexibilizaram a legislação trabalhista.

Utilizou-se no discurso persuasivo o fenômeno da globalização para a necessidade de mudanças estruturais. O intuito da ideologia neoliberal é uma só, a de beneficiar a elite econômica detentora há vários séculos do poder neste País.

²⁵ Op. cit., p. 213

2. DAS CLÁUSULAS PÉTREAS E O PODER PRESENTE E ANTECEDENTE QUE AS INSTITUIU

2.1 Poder Constituinte Originário Histórico

Pedro Lenza²⁶ ensina que, para a corrente jusnaturalista, o poder constituinte originário não seria totalmente autônomo na medida em que haveria uma limitação imposta pelas normas de direito natural. O que o levou a subdividir o Poder Constituinte originário em histórico e revolucionário.

2.1.1 Direito Natural

José Luiz Quadro de Magalhães²⁷ preleciona que a idéia de um Direito Natural surgiu do pensamento grego por meio da constatação de “[...] que existe uns direitos naturais permanente e eternamente válidos, independentes de legislação, de convenção ou de qualquer outro expediente imaginado pelo homem”.

Discorrendo acerca desse assunto, Luís Roberto Barroso²⁸ ensina que o direito natural se apresenta em duas versões fundamentais, a primeira seria uma lei estabelecida pela vontade de Deus; e a segunda seria de uma lei ditada pela razão; e comenta que “[...] Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e, estabelece limites à própria norma estatal”.

²⁶ Op. cit., p.59

²⁷ Direitos Humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.10

²⁸ Op. cit., p.35

2.1.2 Jusnaturalismo

José Luís Quadro de Magalhães²⁹ ensina que o pensamento cristão primitivo em relação ao Direito natural foi herdeiro do Estoicismo e da Jurídica Romana, adaptando a distinção entre Direito Natural absoluto antes do pecado original, e relativo após tal pecado. Destaca o pensamento de Santo Agostinho que “(...)considerava o governo, a propriedade, a civilização toda como produto do pecado, e a Igreja, como guardiã da Lei Eterna de Deus, poderia intervir nessas instituições quando julgasse oportuno”.

Luís Roberto Barroso³⁰ citando José Reinaldo de Lima Lopes ensina que Santo Tomás de Aquino demarcou fronteira entre a fé e a razão por ter pregado que a lei é um ato de razão e não de vontade. Para José Luís Quadro de Magalhães³¹, o tomismo representou a autonomização do Direito Natural como ciência. Manoel Gonçalves Ferreira Filho³² expõe de forma sintética as quatro espécies de leis apresentadas por Tomás de Aquino:

Na Suma teológica existe, inclusive, um hierarquia. Suprema é a *lei eterna* (que só o próprio Deus conhece na plenitude), abaixo da qual estão, por um lado, a *lei divina* (parte da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja), por outro a *lei natural* (gravada na natureza humana que o homem descobre por meio da razão), e, mais abaixo, a lei humana (a lei positiva editada pelo legislador).

O Luís Roberto Barroso³³ acima referido ensina ainda, que:

[...] O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teleológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVI.

A modernidade, que se iniciara com a reforma protestante, a formação dos Estados Nacionais e a chegada dos europeus à América, desenvolve-se num ambiente cultural não

²⁹ Op. cit., p.18

³⁰ Op. cit., p.33

³¹ Op. cit., p.18

³² Op. cit., p.10

³³ Op. cit., p.34

mais submisso à teologia cristã. Cresce o ideal de conhecimento, fundado na razão, e o de liberdade, no início de seu confronto com o absolutismo. O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao Iluminismo na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação do poder do Estado. A burguesia articula sua chegada ao poder.

O professor Manoel Teixeira Ferreira Filho³⁴ lembra que a laicização do Direito Natural se deu em razão do pensamento de Grócio.

2.2 Poder Constituinte Originário Revolucionário e o Fim do Jusnaturalismo

2.2.1 Estado de Direito, Primeira Geração de Direitos Fundamentais e a Decadência do Jusnaturalismo

Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁵ ensina que o Estado contemporâneo nasce, no final do século XVIII, com a reação dos colonos ingleses da América do Norte e a insurreição do terceiro Estado na França, a fim de conter o arbítrio dos governantes que atuavam sem lei e sem regras.

Luís Roberto Barroso expõe de forma sintética essa passagem:

A crença de que o homem possui direitos naturais, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado, foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta. A Revolução Francesa e a sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), estão impregnados de idéias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke, autor emblemático dessa corrente filosófica e do pensamento contratualista, no qual foi antecedido por Hobbes e sucedido por Rousseau. Sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja Revolução Gloriosa foi concluída em 1689, o Estado Liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade. O constitucionalismo moderno inicia sua trajetória.

³⁴ Direitos Humanos Fundamentais. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

³⁵ Op. cit., p.1.

Segundo Celso Ribeiro Bastos³⁶, o Estado Liberal mais que jurídico é político, pois, nasce dos movimentos burgueses revolucionários que se opunham ao absolutismo, para sujeitar o Estado somente ao próprio direito.

A criação desse Estado de Direito subordinou o poder político num Direito Objetivo que exprime o justo. A concepção de que esse Direito não era fruto da vontade do sábio legislador humano, mas da própria natureza das coisas, foi divulgada por Montesquieu na sua maior obra, O Espírito das Leis: “as leis são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas”.

Dessa forma, conclui o Manoel Gonçalves Teixeira Filho³⁷:

A supremacia do direito espelha-se no primado da constituição. Esta, como Lei das leis, documento escrito de organização e limitação do poder, é uma criação do século das luzes. Por meio dela busca-se instituir o governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo devido respeito aos direitos do homem.

Surge o Estado liberal ou Estado Constitucional. Deste direito posto surge o positivismo e a primeira geração de direitos fundamentais, com a proteção das liberdades fundamentais, como a livre expressão do pensamento, a de locomoção, a de associação e a de liberdade, conforme ensina José Luiz Quadro de Magalhães³⁸ citando Alfredo Alvacir Nicz:

O Liberalismo Clássico corresponde ao Estado Liberal que traduzia o pensamento do *laissez-faire*, *laissez-passer*, deixava aos cidadãos a possibilidade do exercício concorrência de modo que o egoísmo de cada um ajudasse a melhoria do todo.

Luís Roberto Barroso³⁹ cita os ensinamentos de Bobbio, Matteuci e Pasquino para explicar o fim do jusnaturalismo com a codificação que promoveu a identificação entre direito e a lei:

Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento em que celebrava o seu trínio. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O

³⁶ Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 4 ed. 1999, p.54.

³⁷ Op. cit., p. 6

³⁸ Op. cit., p.28

³⁹ Op. cit., p.36

recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema de direito positivo foi considerado ilegítimo.

2.2.2 Nascimento do Poder Constituinte Originário Revolucionário e a Idéia de Democracia.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁰, cita Sieyès para explicar o nascimento desse poder originário, o qual ensina que só se legitima a sociedade pelo pacto social, que é o acordo de todos os membros do grupo, cuja preservação exige o poder político.

O povo, comunidade resultante do pacto, gera o poder constituinte composto de representantes extraordinários dele mesmo, para editar a constituição e com isso encerra sua missão.

Sob essa ótica, a Constituição é a Lei do poder, que há de comandar segundo as formas que ela prescrever, nos limites que ela admitir, e deverá prever o governo por representantes do povo, mas representantes ordinários que não poderão mudar a Constituição.

Oportuno comentar sobre a idéia de representação, uma vez que Sieyès se baseou nas idéias contratualistas de Rousseau.

Todavia, conforme as palavras de Celso Ribeiro Bastos⁴¹, Rousseau, não admitia a idéia de representação e chegou a criar uma teoria para freá-la:

A postulação fundamental da teoria do mandato imperativo é a de que qualquer posição assumida pelo eleito contra a vontade do eleitor é nula de pleno direito. Não foi essa teoria adotada pelo Estado Liberal, que preferiu a do mandato representativo ou livre que há uma relação de confiança entre mandante e mandatário. Este recebe do eleitor poderes para decidir de forma autônoma. Nesse sentido a afirmação de Rousseau recém exposta se tornaria procedente, uma vez que a liberdade só existiria na hora de votar.

Não foi essa teoria adotada pelo Estado Liberal, que preferiu a do mandato representativo ou livre, em que há uma relação de confiança entre o mandante e o mandatário.

⁴⁰ Op. cit. 1

⁴¹ Op. cit. p. 119

Este recebe do eleitor poderes para decidir de forma autônoma. Nesse sentido a afirmação de Rousseau recém-exposta se tornaria procedente, uma vez que a liberdade só existiria na hora de votar.

2.3 Segunda, Terceira e Quarta Geração de Direitos Fundamentais Consubstanciados na Cf/88

2.3.1 Segunda Geração de Direitos Fundamentais e Estado da Social Democracia

Para entender essa passagem é preciso saber o que aconteceu no século XIX e os primeiros anos do século XX.

Em síntese, o que aconteceu foi à deterioração do quadro social, particularmente nos Estados mais desenvolvidos da Europa ocidental e nos Estados Unidos, conforme explanação do ilustre professor Manoel Gonçalves Teixeira Filho⁴² em que descreve a penúria da classe trabalhadora da época:

Ora, a marginalização da classe operária, como que excluída dos benefícios da sociedade, vivendo em condições subumanas e sem dignidade, provocou, em reação, o surgimento de uma hostilidade dessa classe contra os “ricos”, contra os “poderosos”, que favorece o recrutamento de ativistas revolucionários, inclusive terroristas. E na fórmula marxista a luta de classes.

Se de um lado, o liberalismo econômico foi responsável pelo surto de desenvolvimento material sem precedentes na história com seu capitalismo desumano e escravizador no século XIX, resultado da Revolução Industrial; o extremo oposto produziu desajustamento e miséria social jamais visto.

Porém, sofreu oposição por servir de instrumentos aos interesses da burguesia, conforme o ensina o citado mestre⁴³:

⁴² Op. cit., p. 41.

⁴³ Op. cit. p. 55

[...] o Estado de Direito formalista recebeu inúmeras críticas na medida que permitiu quase um absolutismo do contrato, da propriedade privada e da livre empresa. Era necessário redinamizar esse Estado, lançar-lhe outros fins; não que se desconsiderassem aqueles alcançados, afinal eles significaram o fim do arbítrio, mas cumprir outras tarefas, principalmente sociais, era imprescindível. Dá-se início então a um processo de democratização do Estado, que irá culminar com o Estado Democrático de Direito. Vale dizer que esse princípio vem descrito no art. 1º da Constituição Federal.

Enfim, a exploração dos trabalhadores chegou no limite da tolerabilidade, obrigando a burguesia a ceder para que não houvesse uma revolução.

A opção utilizada foi a reforma do Estado com base na doutrina social da Igreja a partir da encíclica *Rerum Novarum*, editada em 1891 pelo Papa Leão XIII, conforme preleciona Manoel Gonçalves Teixeira Filho⁴⁴:

Esta retoma de São Tomás de Aquino a tese do bem comum, da essência na “vida humana digna”, bem como a doutrina clássica do direito natural, ao mesmo tempo em que sublinha a dignidade do trabalho e do trabalhador. Chega assim à afirmação de direitos que exprimem as necessidades mínimas de uma vida consentânea com a dignidade do ser humano, criado à imagem e semelhança de Deus. Daí o direito ao trabalho, à subsistência, à educação etc.

Celso Ribeiro Bastos ensina que:

A social-democracia aparece como forma de oposição ao anarquismo, dando prioridade à organização partidária da ação política dos trabalhadores.[...]. No estado da social-democracia busca-se conciliar os princípios essenciais do individualismo e do socialismo, aliados a um conjunto racional de igualdade (igualdade econômica e jurídica) [...]

Importante ressaltar que a burguesia cedeu para vencer, ao permitir a reforma, sendo que seus ideais capitalistas resistiram e superaram as doutrinas socialistas. Destaca-se o relevante papel da Igreja como permanente aliada dos detentores do poder econômico para manutenção do modelo vigente, principalmente nos países do terceiro mundo.

Nesse sentido, Ivo Dantas⁴⁵ cita José dos Santos Carvalho Filho que demonstra o entrelaçamento ao afirmar que:

⁴⁴ Op. cit., p. 45

⁴⁵ Op. cit., p. 24

O processo histórico sempre demonstrou a associação entre a política e a economia. Em cada fase da evolução dos povos são concebidas doutrinas filosóficas que oferecem seus axiomas para compatibilizar as formas de direção do Estado com os interesses econômicos. Quando alguma construção doutrinária é alterada quanto aos fatores políticos, é irremediável os reflexos que provoca [*sic*] na ordem econômica. E a recíproca é verdadeira.

O passo da evolução é demonstrado por Ivo Dantas⁴⁶ citando a lição de Toshio Mukai:

[...] esse Estado sofre mudanças em sua concepção, em razão de três causas fundamentais, que entre outras são apontadas: as revoluções sociais na Europa (a soviética de 1917, a italiana de 1923 e a alemã de 1933), a 2ª Revolução Industrial que acelera a produção de bens e serviços e o novo conceito de finanças públicas, que aumentaria enormemente o patrimônio do Estado. Além disso, as duas grandes guerras exerceram enorme influência nessa transformação assim como o colapso de 1929 que dos EE.UU atingiu todos os países exceto o Japão e a Rússia.

As principais conseqüências, de ordem revolucionária, posto que atingem a estrutura do capitalismo, são: as passagens, da empresa, de forma individual à coletiva e da concorrência ao monopólio.

Essa nova realidade, que clama pela atuação do Estado para, principalmente, disciplinar a vida econômica em face do gigantismo dos monopólios, é agasalhada pelo Direito Constitucional dos países do Ocidente.

[...] Nesse clima, surgem às primeiras Constituições contemplando, além dos direitos políticos do homem, direitos concernentes à sua posição econômica e social, sendo pioneira nesse sentido, a Constituição de Weimar (1919).

Sustenta Zélia Luiza Pierdoná⁴⁷ que os direitos fundamentais de segunda geração, se caracterizam por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como previdência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

2.3.2 Terceira geração de Direitos Fundamentais

⁴⁶ Op. cit., p. 36

⁴⁷ O Direito Previdenciário como Direito Fundamental. Revista de Direito Social 6 – 2002 – Doutrina, p. 43

Já os direitos fundamentais de terceira geração, a autora acima referida⁴⁸ sustenta que se destinam ao gênero humano em razão do altíssimo teor de humanismo e universalidade. Utiliza dos ensinamentos do professor Paulo Bonavides:

A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, de terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação [...]

2.3.3 Quarta geração de Direitos Fundamentais

O direito de quarta geração é defendido por Paulo Bonavides e citado também pela já referida autora⁴⁹, que seria o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

⁴⁸ Op. cit., p. 43

⁴⁹ Op. cit., p. 44

3. DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL E OS PODERES DERIVADOS DO ORIGINÁRIO

3.1 O Positivismo se Prolonga no Tempo

O positivismo jurídico teve enorme adesão pelos juristas na primeira metade do século XX, influenciados pelo normativismo de Hans Kelsen. Consistia em reduzir o direito a um conjunto de normas em vigor, não precisando de qualquer conceito ou instrumentos externos porque considerava o ordenamento jurídico um sistema perfeito. O rompimento se deu, porque sob essa idéia de um ordenamento jurídico indiferente à ética e de um legalismo acrítico, serviram de justificação para os regimes fascista e nazista.

É nesse contexto que surge o pós-positivismo, segundo Luís Roberto Barroso:

[...] A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.

No Brasil, de acordo com a doutrina de Pedro Lenza⁵⁰ adota-se a corrente positivista sendo, portanto, o poder constituinte originário revolucionário um poder ilimitado, cuja natureza se apresenta como pré-jurídica, de forma que não reconhece limitação pelo direito natural.

⁵⁰ Op. cit. p. 59

Esse poder se manifesta uma única vez, para editar a Constituição e só reaparecerá se destruída a ordem constitucional vigente. Na tentativa de conservar o cerne de seus ideais, antes, previne-se eternizando algumas de suas cláusulas e fixando um processo mais dificultoso para a alteração de outras normas que constituiui.

Márcio Fernando Elias Rosa⁵¹ comenta acerca dessas limitações do poder de reforma:

Podem ser identificadas no sistema vigente limitações materiais (as ditas cláusulas pétreas: art. 60, § 4º, I a IV, da CF), limitações procedimentais ou formais (art. 60, §§ 2º e 3º, da CF) e, mesmo, circunstanciais (art. 60, § 1º, da CF), sem prejuízo de limitações implícitas, como a que impede a alteração das regras pertinentes ao processo legislativo de edição de emendas constitucionais.

3.2 Constituição Real, Material, Formal e as Cláusulas Pétreas Explícitas e Implícitas.

Ivo Dantas⁵², ao comentar sobre a constituição material, cita os ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho que distingue a Constituição material real de Constituição material normativa. Esta é aceita pela grande maioria dos doutrinadores brasileiros ao admitirem que há regras materialmente constitucionais relacionadas ao poder, independente, de estar na Constituição ou fora dela. Enquanto que a material real seria “constituição real (material), entendida como o conjunto de forças políticas, ideológicas e econômicas, operantes na comunidade e decisivamente condicionadoras de todo o ordenamento jurídico”.

Os renomados constitucionalistas, tais como, José Afonso da Silva⁵³ e Alexandre de Moraes⁵⁴, classificam a Constituição Federal de 1988, quanto ao conteúdo, de Constituição formal, ou seja, é Constituição escrita na qual está inserto um conjunto de regras jurídicas que tem a forma de regra constitucional, diga ou não respeito à matéria constitucional.

⁵¹ Reforma do Poder Judiciário e a Crise de Constitucionalidade. TAVARES, André Ramos, LENZA Pedro, ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.). Reforma do Judiciário: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p.523

⁵² Direito Constitucional Econômico. Curitiba: Juruá, 1999, p.44.

⁵³ Curso de Direito Constitucional Positivo. 19 ed. ver. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2001, p.40.

⁵⁴ Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.37

Isso implica na existência das cláusulas pétreas implícitas, pois, os formalistas só admitem as cláusulas pétreas explícitas consubstanciadas no art. 60, §4º, da Constituição Federal de 1988. Em consequência, ignoram por completo os direitos sociais, sob o argumento que o referido artigo só faz referência aos direitos e garantias individuais. Portanto, se fosse a intenção do legislador protegê-los teria expressamente constado.

Em posição contrária, Gabriel Desen Júnior⁵⁵ considera como cláusulas Pétreas implícitas os seguintes artigos constitucionais: art. 6º; art. 7º; art. 12; art. 14; art. 37; art. 40; arts. 53 a 56; art. 226; art. 227 e art. 231, todos da CF/88.

Alexandre de Moraes⁵⁶ aponta que a grande novidade do art. 60 está na inclusão dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais entre as limitações ao poder de reforma da Constituição. Apesar de não estarem elencados ao rol do art. 5º fazem parte do conjunto de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Magna Carta.

O citado autor faz correta sua observação para superação dessa discussão, com fundamento nas decisões do STF: ADIN nº 939-7/DF – Rel. Min. Sidney Sanches, em que a Cúpula do Judiciário considerou o art. 150, III, b, CF/88 (Princípio da Anterioridade Tributária) como cláusula pétrea contida no art. 60, §4º da CF/88. E nessa mesma ADIN o Ministro Carlos Veloso referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais.

É importante ressaltar que essa classificação clássica quanto ao conteúdo, ainda gera muita confusão, uma vez que a Constituição de 1988 admite tanto regras formalmente quanto materialmente constitucional.

Sendo assim, o correto seria admitir uma classificação mista (formal-material) quanto ao conteúdo, com fundamento no Estado Democrático de Direito.

⁵⁵ Curso Completo de Direito Constitucional. Vol. 1. 9 ed. Brasília: Vestcon, 2005, p 158

⁵⁶ Op. cit. p. 545

3.3 Efeito Positivo e Negativo da Rigidez Constitucional

Quando se tem uma Constituição escrita, cujo conteúdo é formal e que estabelece em seu art. 60 limitações ao poder de reforma, com certeza, se está diante de uma constituição rígida no que concerne a sua estabilidade.

José Afonso da Silva⁵⁷ define rigidez constitucional como dificuldade de modificação das normas jurídicas da ordenação estatal, emanado do Princípio da Supremacia da Constituição.

Cita Burdeau, para realçar que é somente, no caso de rigidez constitucional, que se pode falar em supremacia formal da Constituição.

Percebe-se, que a rigidez constitucional atinge as cláusulas pétreas, com efeito, positivo e negativo.

O efeito positivo decorre da própria inserção de tais cláusulas no texto constitucional, como exceção ao poder de reforma.

Em sentido oposto, uma cláusula que não pode ser emendada nem mesmo pelo processo especial previsto pelo legislador constituinte originário é dar proteção absoluta, cujo efeito é negativo à própria supremacia formal da Constituição.

Em razão disso, Nei Comis Garcia⁵⁸ cita Pontes de Miranda, o qual criticava as cláusulas pétreas, porque estas levariam ao engessamento do sistema constitucional, não restando outra opção às gerações futuras senão a ruptura do sistema.

⁵⁷ Curso de Direito Constitucional Positivo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 46

⁵⁸ Cláusulas Pétreas – Direitos Sociais. Disponível na Internet: [http://www.tex.pro.br/www_root/cláusulas pétreas nei comis garcia htm](http://www.tex.pro.br/www_root/cl%C3%A1usulas_p%C3%A9treas_nei_comis_garcia.htm). acesso em setembro de 2005

Dessa forma, os quatro incisos do art. 60, §4º, da CF/88 são insuscetíveis de mudança pelo legislador reformador, quais sejam, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais.

Pedro Lenza⁵⁹ menciona que alguns autores preferem a utilização da terminologia competências, em vez de poder constituinte derivado, porque segundo eles só seria poder constituinte o que derivasse diretamente da soberania popular e fosse ilimitado. Derivando do originário o reformador, o decorrente e o revisor.

3.4 Poder Constituinte Derivado Reformador

O comando constitucional do art. 60 da Constituição Federal de 1988 autoriza o constituinte derivado a utilizar o poder constituinte derivado reformador que se manifesta, exatamente, por meio de emendas à Constituição.

Obviamente, com certa limitação, a exemplo, do quórum qualificado de três quintos, em cada casa, em dois turnos de votação para aprovação das emendas (art. 60, §2º); proibição de alteração da Constituição na vigência de estado de sítio, defesa, ou intervenção federal (art. 60, §1º) e as cláusulas pétreas do art. 60, §4º, da CF/88 etc.

3.5 Poder Constituinte Derivado Decorrente

O poder constituinte derivado decorrente tem como missão estruturar a Constituição dos Estados-Membros dotados de auto-organização (art. 25, *caput*), autogoverno (arts. 27, 28 e 125) e auto-administração (arts. 18 e 25-28). A assembléia constituinte do Estados-Membros se manifesta complementando, ou seja, produzindo suas Constituições. A base legal está no art. 11, *caput*, do ADCT.

⁵⁹ Op. cit. p.60

Interessante é a posição de Pedro Lenza⁶⁰ em relação ao Distrito Federal e Municípios, defendendo que nesses Entes, não há a manifestação do poder constituinte derivado decorrente, com fundamento no critério formal, o que faz os positivistas “formalistas” deverem uma explicação para tal incoerência.

3.6 Poder Constituinte Derivado Revisor

Já o poder constituinte revisor foi estabelecido pelo art. 3º do ADCT. Pedro Lenza⁶¹ diz que muito se questionou a respeito dos limites de revisão, mas prevaleceu que o limite seria o mesmo instituído pelo constituinte originário, qual seja, o do art. 60, §4º da CF/88. Enfatiza que a competência revisional estabelecida pelo art. 3º do ADCT teve sua eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada com a elaboração das seis emendas constitucionais de revisão (nº. 1, de 1º/03/94 – DOU 02/03/94 – e as de nº.s 2 a 6 de 07/06/94, publicadas no DOU em 09/06/94).

3.7 A Mitigação das Cláusulas Pétreas no Estado de Defesa e no Estado de Sítio

Apesar de serem cláusulas pétreas, certos direitos fundamentais podem ser mitigados por expressa previsão da norma constitucional, quando da decretação do Estado de Defesa ou Estado de Sítio, em razão da necessidade de se manter ou restabelecer a ordem nos momentos de anormalidades constitucionais.

Alexandre de Moraes⁶² ensina que o Estado de defesa é uma forma mais branda do Estado de Sítio, e não é exigida autorização pelo Congresso Nacional para que o Presidente da República o decrete. Caso decrete, deverá determinar prazo de sua duração, que é no máximo de trinta dias prorrogado uma única vez, além de especificar as áreas abrangidas e indicar as seguintes medidas coercitivas restringindo direitos e garantias fundamentais: a) sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas; b) direito de reunião (art. 5º,

⁶⁰ Op. cit. p.65

⁶¹ Op. cit. p.65

⁶² Op. cit. p. 48

XVI, CF/88) e c) exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente.

No Estado de Sítio em virtude de comoção nacional, previsto no art. 137, I, da CF/88, conforme o renomado constitucionalista, por ser medida mais grave que o da Defesa, para sua decretação o Presidente da República é obrigado a solicitar a autorização da maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Nessa hipótese poderá ser restringidos os seguintes direitos e garantias constitucionais: a) inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI, CF/88); b) direito de propriedade (art. 5º, XXV, CF/88); liberdade de manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação e d) mais os restringidos no Estado de Defesa.

Caso o Estado de Sítio seja decretado com base no art. 137, III, da CF/88 (declaração de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira), todos os direitos e garantias constitucionais, em tese, poderão ser restringidos se preenchidos três requisitos constitucionais: a) necessidade à efetivação da medida; b) tenham sido objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional no momento da autorização da medida e c) devem estar expressamente previstos no decreto presidencial.

4 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1. A necessidade do Processo informal de mudança na Constituição

No capítulo anterior comentou-se sobre os processos formais de mudança na Constituição. Este ao contrário, trata-se dos processos informais de mudança na Constituição.

Anna Cândida da Cunha Ferraz⁶³ citando Hauriou, Berthelemy e Duez, explica a necessidade desse processo informal de mudança na Constituição:

Mas o direito é movimento e vida, síntese dialética entre as forças de transformação da sociedade e as tendências do conservantismo, devendo reajustar constantemente as necessidades do processo com as tradições da história.

Pedro Lenza⁶⁴ ensina que a mutação seria a reinterpretação da norma sem alterar o texto constitucional. É forma de exteriorização do caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas. A mutação se dá por meio informal porque não está previsto na CF/88.

Anna Cândida da Cunha Ferraz⁶⁵, em obra específica, assim define:

[...] consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes,

⁶³ Processos Informais de Mudança na Constituição: Mutações Constitucionais e Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.5

⁶⁴ Op. cit p. 1

⁶⁵ Op. cit. p.9

cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

Nenhuma Constituição é imutável. A mutação constitucional ocorre porque a norma sofre o efeito do ambiente político ou pelos costumes, sendo pressionada a adequar-se para harmonizar com os anseios da sociedade. Assim, não é errado concluir que a mutação é progressista, e, sempre está adiantada em relação à mudança formal da constituição.

4.2. O Poder Constituinte Difuso

Anna Cândida da Cunha Ferraz⁶⁶ utiliza a expressão de Burdeau, Poder Constituinte Difuso, para designar todas essas “alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado”.

O fundamento do Poder Constituinte Difuso decorre da própria Constituição, apesar de implícito e inorganizado, destina-se a completá-la, enfim continuar a obra do constituinte originário.

Diz a acima citada doutrinadora:

É uma decorrência lógica da Constituição, na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior, capaz de defini-lo, precisá-lo, resolver-lhe as obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação, sem vulnerar a obra constitucional escrita.

Dessa forma, mesmo as Constituições rígidas transformam-se continuamente pela ação do Poder Constituinte Difuso que, não podendo reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição, se restringe a modificar o sentido, o significado e o alcance, de modo que sua atuação será sempre lenta e quase que imperceptível.

⁶⁶ Op. cit. p.10

4.3. O Costume Constitucional

Anna Cândida da Cunha Ferraz⁶⁷ utilizando o conceito de Manoel Gonçalves Teixeira Filho que define o costume como direito novo estabelecido por uma decisão tácita da coletividade, de modo que dispensa a forma escrita para comunicação e prova, visto que é manifestação da própria consciência do grupo.

O costume é ato de normação primária não escrita, de formação espontânea e voluntária e se posiciona ao lado das leis ordinárias. Dessa forma, o costume não reforma e não revoga a Constituição. Mas o costume constitucional prevalece diante de lei ordinária inconstitucional, desde que atuando na mesma matéria objeto do confronto.

As espécies de costume constitucional são: *secundum legem*, *o praeter legem* e *o contra legem*. O primeiro é costume interpretativo, sem ser fonte de direito, inova sobre a norma depreendida do texto. O segundo preenche as lacunas das normas quando a lei silencia a respeito. O terceiro é costume derogatório, há divergência doutrinária no sentido de que a não aplicação prolongada de normas escritas só levam ao desuso.

Há divergência doutrinária quanto à existência do costume constitucional frente às Constituições rígidas. O fundamento daqueles que aceitam a existência do costume constitucional se baseia no próprio poder constituinte que não se esgota em sua obra ao ter previsto a reforma constitucional, e também, no poder constituinte difuso que intervém por meio dos órgãos constitucionais para preencher lacunas ou interpretar disposições constitucionais obscuras.

Importante ressaltar que não se admite a formação de costume constitucional por órgão incompetente ou contra a Constituição, uma vez que a norma costumeira não tem a eficácia das normas constitucionais escritas, ou seja, aquela nunca substitui esta.

Em regra, os costumes constitucionais são formados por dois órgãos constitucionais: O Poder Executivo e o Poder Legislativo. Exemplo do primeiro é a utilização excessiva das

⁶⁷ Op. cit. p.178

Medidas Provisórias pelo Presidente da República. Exemplo do segundo seria a manifestação de inconstitucionalidade de um projeto de lei, por interesses políticos, não havendo qualquer sanção para tal prática.

4.4. A Interpretação Constitucional

Dentre as espécies de mutação constitucional, a interpretação constitucional se destaca por ser o elo de ligação mais requisitado de que necessita as Constituições rígidas para serem efetivamente cumpridas.

Anna Cândida da Cunha Ferraz⁶⁸ citando Loewenstein justifica a necessidade da interpretação constitucional:

[...] toda Constituição é, em si, uma obra humana incompleta, além de ser obra de compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam de sua formação.

[...] cada Constituição, quando nasce, integra apenas o momento, isto é, o *status quo* existente no momento de seu nascimento, não podendo prever todo o futuro; na melhor das hipóteses, pode tentar levar em conta necessidades futuras, por meio de disposições e mecanismos cuidadosamente colocados, embora uma formulação demasiado elástica possa prejudicar a segurança jurídica.

A Constituição se situa no vértice da organização jurídica fundamental do Estado, assim, ao mesmo tempo em que seu conteúdo é fundamental se torna genérico e sintético por não poder conter, todo o sistema jurídico que rege a vida desse Estado.

Normas constitucionais de conteúdo sintético e genérico precisam ser compreendidas, o que dá abertura para a interpretação constitucional.

Anna Cândida da Cunha Ferraz⁶⁹ citando Afonso Arinos de Melo Franco preleciona que a técnica de interpretação constitucional é predominantemente finalística, qual seja, “tem em vista extrair do texto aquela aplicação que mais se coadune com a eficácia social da lei constitucional”.

⁶⁸ Op. cit. p. 22

⁶⁹ Op. cit. p. 24

A citada doutrinadora, também, ensina que a interpretação constitucional é uma espécie da interpretação jurídica, o que torna essa classificação confusa já que tal espécie possui características peculiares que merece uma classificação à parte.

Dentre essas peculiaridades, ressalta-se dois que distingue a interpretação constitucional da jurídica: o primeiro é o elemento político que impregna as normas constitucionais, o segundo são as categorias das normas constitucionais quanto a sua eficácia e aplicabilidade.

Linares Quintana e Themístocles Cavalcanti tem seus ensinamentos citados pela doutrinadora⁷⁰ nas linhas acima mencionada que a seguir se transcreve, respectivamente:

[...] A Constituição como instrumento permanente de governo deve ser interpretada levando-se em conta não apenas as condições, circunstâncias e necessidades existentes no momento de sua sanção, mas também as condições, circunstâncias e necessidades sociais, econômicas e políticas que existem ao tempo de sua aplicação e interpretação.

[...] Na interpretação da constituição não se deve levar em conta somente a intenção do legislador, o sentido e o significação das palavras, o raciocínio lógico no processo de interpretação, mas principalmente o sentido político da interpretação considerando-se a Constituição como diploma político.

Pedro Lenza⁷¹ distingue a eficácia social da jurídica, esta significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas, enquanto àquela se verifica na potencialidade da norma vigente ser efetivamente aplicada a casos concretos.

As normas constitucionais segundo José Afonso da Silva, citado pelo doutrinador acima podem ser:

I - de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, criam órgãos ou atribuem aos entes federativos competências. Exemplos: arts. 2º; 14, § 2º; 17, § 4º; 19; 20; 21; 22; 24; 28, caput, 30; 37; 44, parágrafo único; 45, *caput*; 46, § 1º; 51; 52; 60, § 3º; 69; 70; 76; 145, § 2º; 155; 156; 226, § 1º, todos da CF/88;

⁷⁰ Op. cit. p. 27/28

⁷¹ Op. cit. p. 73

II – de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas não integral porque norma infraconstitucional reduz a sua abrangência. Exemplo, art. 5º, VII, VIII, XIII, XXIV, XXV, XXVII, XXXIII; 15, IV; 37, I; 170, parágrafo único, etc.;

III – de eficácia limitada e aplicabilidade mediata e reduzida, que são divididas em dois grandes grupos: normas de princípio institutivo (ou organizativo) que contêm esquemas gerais de estruturação das instituições, órgãos ou entidades, a exemplo do art. 18, § 2º; 22, parágrafo único; 25, § 3º; 33; 37, XI; 88; 90, § 2º; 125, § 3º; 128, § 3º; 128, § 5º; 131, 146; etc; e normas de princípio programático que veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando a realização de seus fins sociais, a exemplo do art. 196; 205; 215; 218, *caput*; 227.

Anna Cândida da Cunha Ferraz⁷² ensina que o intérprete constitucional deve reconhecer, a diferenciação dessa hierarquia de valores das categorias de normas constitucionais porque influencia no processo de mutação constitucional.

4.4.1.A Interpretação Constitucional Judicial

Apesar de importantes outras espécies de interpretação constitucional, a exemplo, da interpretação constitucional legislativa, administrativa, doutrinária e popular, a judicial se destaca pela sua repercussão e características peculiares.

Segundo a lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz⁷³:

Dentre os processos não formais de mutação constitucional, a interpretação judicial desempenha relevantíssimo papel. Pela interpretação constitucional, desenvolvida pelos tribunais, transforma-se o alcance da Constituição; evolui o sentido das normas e disposições constitucionais, adapta-se a Constituição ao momento presente, à realidade social existente.

Cabe ao STF o pronunciamento final sobre a eficácia das leis, impondo a interpretação constitucional porque não há poder jurídico que o controle.

⁷² Op. cit. p. 29

⁷³ Op. cit. p. 126

O controle de constitucionalidade das normas e atos administrativos visa proteger a Constituição, a Lei Maior, cabendo a jurisdição constitucional fazer valer a supremacia constitucional.

Carlos Mário da S. Veloso⁷⁴ ensina que: “Se a Constituição é pressuposto de validade e da eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado, a sua supremacia deve ser tornada realidade”.

O STF é a Corte Constitucional do Brasil, apesar de possuir atributos que vão além de guardar a Constituição, tal como, competências do direito federal comum.

O sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é o judicial misto, pois é feito por órgão do Poder Judiciário na forma difusa herdada do direito norte-americano e concentrada do direito europeu.

Percebe-se, portanto, que qualquer órgão do Poder Judiciário pode fazer valer a supremacia da Constituição, cabendo ao STF decidir como órgão judicial de última instância.

Anna Cândida da Cunha Ferraz⁷⁵ desfaz o receio de se ter um governo de juízes, citando os ensinamentos do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “[...] pelos hábitos de moderação, pela disciplina intelectual a que estão acostumados, os juízes não ambicionam a direção política do País, nem se intrometem nela a não ser quando esta colide com a lei”.

A professora⁷⁶ acima citada comenta também da dificuldade que o juiz de direito enfrenta como intérprete constitucional, pois, dele se espera justiça e guarda da Constituição como documento vivo e efetivamente cumprido.

⁷⁴ A Renovação no Supremo Tribunal Federal. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 3, 2003, p. 20

⁷⁵ Op. cit. p. 111

⁷⁶ Op. cit. p. 128

5 TEMAS ATUAIS ENVOLVENDO A RELATIVIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

5.1. Sigilo de Fonte versus Direito à Segurança, à Probidade administrativa, à Inviolabilidade das Comunicações Telefônicas, à Intimidade

O jornalismo investigativo⁷⁷ é resultado de uma forma especial de trabalho, de repórteres que informam sobre as más condutas que atingem o interesse público.

A tentativa de relativização dessas cláusulas pétreas se deu quando o Procurador da República, Bruno Caiado de Acioli, tentou quebrar, em novembro de 2005, o sigilo telefônico de quatro jornalistas com a intenção de descobrir suas fontes.

Em síntese, o objetivo do procurador era saber com quem os jornalistas falaram, para apurar as matérias tornadas pública pela Revista Veja em que se denunciou os escândalos no Banco Central, em 1999, quando socorreu com dinheiro público (R\$ 1,5 bilhões) os Bancos Marka e Fonte Cindam, e que mesmo assim, quebraram em razão da desvalorização cambial.

Houve protestos pela Associação Brasileira de Imprensa (ABI), pela Associação Nacional dos Jornais (ANJ) e também pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) afirmando que a tentativa do Procurador Bruno Caiado de Acioli, de quebrar o sigilo telefônico de quatro repórteres fere direitos constitucionais, entre eles a liberdade de expressão.

⁷⁷ Jornalismo Investigativo e a Quebra do Sigilo Profissional para Descobrir a Fonte. Consulex - Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 10, n. 217, p. 26, jan. 2006

Bruno Caiado de Acioli⁷⁸ defende que a transferência indireta de sigilo de fonte para o Poder Judiciário, por afastamento judicial do sigilo de dados telefônicos de jornalista, não fere a Constituição Federal, desde que procedidas sob o segredo de justiça e preenchidos certos requisitos:

[...] o afastamento do sigilo de dados telefônicos não se confunde com a interceptação telefônica, e tem a função básica de identificar as chamadas recebidas e emitidas por determinada linha telefônica, conhecidos como “chamadores”, e dentro do lapso temporal fixado pela autoridade judiciária competente, em decisão fundamentada.

Ressalta que o jornalista ou o repórter jamais poderá ser compelido a revelar segredo profissional, tampouco sofrer penalidades administrativas, cíveis ou penais, pela recusa em prestar tal informação conforme ponderação do Ministro Celso de Mello em despacho vazado dos autos nº 870-2/RJ, pois, o sigilo de fonte é direito fundamental. Mas, alega que isto não quer dizer que o Poder Público fique privado da alternativa de valer-se dos meios probatórios legais e constitucionais existentes, com o fito de obter o dado recusado pelo jornalista, sob a alegação do sigilo da fonte.

Sustenta que o sigilo de fonte constitui princípio, por seu elevado grau de importância, abstração e generalidade no arcabouço constitucional e se houver choque com outros princípios constitucionais deve ser relativizado de acordo com o Princípio da Proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade, exigibilidade da medida e a proporcionalidade estrita), exemplificando que pode o repórter afastar o sigilo de fonte quando presente justa causa, a exemplo de salvar a vida de outrem ou evitar a condenação de inocente, não significando renúncia do titular do direito uma vez que pertence ao indivíduo que forneceu as informações ao repórter, e nem, aniquilação do princípio do sigilo da fonte quando a revelação se dá no bojo de processo sob segredo de justiça.

O nobre procurador cita o magistério de Alexandre de Moraes⁷⁹:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou

⁷⁸ O Princípio do Sigilo de Fonte e as suas Limitações. Consulex - Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 10, n. 217, p. 28, jan. 2006

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. In Direito Constitucional, 18. ed. , Atlas, p. 28

convivência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização da forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional de âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Por fim conclui que o sigilo de fontes na atividade jornalística não pode atropelar as demais franquias constitucionais, sob pena de ir de encontro a outros princípios tão fundamentais quanto a liberdade de imprensa.

Entendendo de forma oposta, o Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, Rodrigo César Rebello Pinho⁸⁰ rebate: “Tornar relativa à proteção ao resguardo da fonte de informação jornalística, vale dizer, possibilitar a violação casuística de uma cláusula instrumental, constitui ameaça à própria democracia”.

5.2.Direito à Liberdade de Crença versus Direito à Segurança Pública e à Paz Social

Os países ocidentais do primeiro mundo partiram para a ofensiva na luta contra os terroristas islâmicos do Oriente Médio.

George Uilerson Pantaroto Perez e João Paulo Serram Dantas⁸¹ mencionam que:

[...] De fato, diante dos inúmeros ataques terroristas ocorridos nos últimos anos, os Estados Democráticos, procurando prevenir eventuais situações de risco, adotaram um modelo de “Estado-segurança”, para proteger-se e à população, tornando-se a segurança um valor prevalecente sobre a liberdade individual.

Os referidos autores comentam o caso que foi notícia no mundo inteiro, da estudante muçulmana que foi expulsa da escola porque se trajava com o *jilbad*, espécie de capa que só não cobre as mãos e o rosto, em razão da inobservância da restrição imposta, com a justificativa do temor que as suas vestes islâmicas incitasse eventuais atos terroristas. Ela

⁸⁰ O Respeito ao Sigilo da Fonte Jornalística. Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 10, n. 217, p. 30, jan. 2006

⁸¹ Direito de Crença: Relativização dos Direitos e Garantias Fundamentais. Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 10, n. 226, p. 56, jun. 2006

requereu seu direito à Justiça, porém, o Supremo Tribunal do Reino Unido decidiu que a instituição escolar não infringiu o direito dela de praticar sua religião. Porém, decisões de outros tribunais europeus entenderam que a vestimenta islâmica faz parte da liberdade religiosa.

5.3. Sigilo de Correspondência de Preso versus Segurança da Comunidade

Miguel Lucena⁸² questiona se o art. 5º, XII, da CF/88, se ao preso provisório ou condenado é assegurado esse direito fundamental, protegido por cláusula pétrea.

O autor cita os ensinamentos da renomada doutrinadora, Ada Pellegrini Grinover, que ensina:

[...] as liberdades públicas não são mais entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.

[...] nessa ordem de idéias deve ser considerada a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, com vistas à finalidade ética ou social do exercício do direito que resulta da garantia; tutela desta natureza não pode ser colocada para a proteção de atividades criminosas ou ilícitas.

Para concluir que:

[...] a norma constitucional que assegura a inviolabilidade do sigilo epistolar não foi editada para expor os agentes auxiliares da Justiça Criminal e a comunidade à vulnerabilidade resultante de práticas ilícitas, tais como motim e arrebatamento de presos, ajustadas quase sempre por meio de correspondências.

5.4. Provas Ilícitas e Ilegítimas versus Condenação Injusta

Fernando Capez⁸³ ensina que a prova ilícita é a produzida com desrespeito à regra de Direito Material, enquanto que a prova ilegítima é a produzida com desrespeito à regra de

⁸² <http://www.ultimainstancia.uol.com.br/colunas//ler.noticia.php?id=Noticia=26941>

⁸³ Curso de Processo Penal. -12. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva: 2005, p. 269

Direito Processual. Já as provas ilícitas por derivação são provas que se não tivessem origem ilícita seriam lícitas, conforme art. 573, § 1º, do CPP, que adotou a Teoria dos Frutos Envenenados.

Essas provas, excepcionalmente, podem ser aceitas no processo, por adoção do princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes, conforme ensina o referido doutrinador: “[...] Se uma prova ilícita ou ilegítima for necessária para evitar uma condenação injusta, certamente deverá ser aceita, flexibilizando-se a proibição dos incisos X e XII do art. 5º da CF”.

No mesmo sentido, também, Dalton Ribeiro França⁸⁴: “[...]Somente se admite a obtenção de provas por meios ilícitos quando se destinarem à legítima defesa das liberdades públicas, num processo de construção lógica e teleológica chamada convalidação”.

É a densidade jurídica que obteve o princípio constitucional da proporcionalidade ou da razoabilidade, pela doutrina e jurisprudência pátria na hipótese de conflito de leis, no caso acima, prova ilegítima versus condenação injusta.

Para melhor entender, cabe a transcrição brilhante da exposição do constitucionalista, Luís Roberto Barroso⁸⁵:

O princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ela permite ao Judiciário invalidar atos administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha.

⁸⁴ <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/23/46>

⁸⁵ Op. cit. p.49

5.5. Alguns Julgados de Órgãos Judiciais Relativizando Cláusulas Pétreas

A seguir alguns julgados de órgãos do Poder Judiciário, selecionados por Luiz Fernando da Silva Freitas⁸⁶, demonstra a relativização das cláusulas pétreas no caso concreto por esses órgãos julgadores:

- *Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas:*
" PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BANCO CENTRAL DO BRASIL PARA OBTER INFORMAÇÕES ACERCA DE EVENTUAIS CRÉDITOS DOS EXECUTADOS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – COMPROVAÇÃO DE INSUCESSO DAS DILIGÊNCIAS EFETUADAS PELA EXEQUENTE NO SENTIDO DE LOCALIZAR BENS DOS DEVEDORES – POSSIBILIDADE – 1. Os direitos e garantias individuais, inclusive aqueles referentes à intimidade e à privacidade, não se revestem de caráter absoluto, cedendo em razão do interesse público, ou até mesmo diante de conflitos entre as próprias liberdades públicas, merecendo cuidadosa interpretação, de forma a coordenar e harmonizar os princípios, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)". (...). (TRF 3ª R. – AG 165767 – (2002.03.00.043924-7) – 6ª T. – Relª Desª Fed. Consuelo Yoshida – DJU 04.06.2004 – p. 542).

- *Colisão de direitos fundamentais – aplicação do princípio da proporcionalidade:*
" QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS VERSUS ORDEM TRIBUTÁRIA HÍGIDA – ART. 5º, X E XII – PROPORCIONALIDADE – 1. O sigilo bancário, como dimensão dos direitos à privacidade (art. 5º, X, CF) e ao sigilo de dados (art. 5º, XII, CF), é direito fundamental sob reserva legal, podendo ser quebrado no caso previsto no art. 5º, XII, in fine, ou quando colidir com outro direito albergado na Carta Maior. Neste último caso, a solução do impasse, mediante a formulação de um juízo de concordância prática, há de ser estabelecida através da devida ponderação dos bens e valores, in concreto, de modo a que se identifique uma 'relação específica de prevalência' entre eles. 2. No caso em tela, é possível verificar-se a colisão entre os direitos à intimidade e ao sigilo de dados, de um lado, e o interesse público à arrecadação tributária eficiente (ordem tributária hígida), de outro, a ser resolvido, como prega a doutrina e a jurisprudência, pelo princípio da proporcionalidade. 3. Com base em posicionamentos do STF, o ponto mais relevante que se pode extrair desse debate, é a imprescindibilidade de que o órgão que realize o juízo de concordância entre os princípios fundamentais – a fim de aplicá-los na devida proporção, consoante as peculiaridades do caso concreto, dando-lhes eficácia máxima sem suprimir o núcleo essencial de cada um – revista-se de imparcialidade, examinando o conflito como mediador neutro, estando alheio aos interesses em jogo. Por outro lado, ainda que se aceite a possibilidade de requisição extrajudicial de informações e documentos sigilosos, o direito à privacidade, deve prevalecer enquanto não houver, em jogo, um outro interesse público, de índole constitucional, que não a mera arrecadação tributária, o que, segundo se deduz dos autos, não há. 4. Precedentes desta 2ª Turma e da 1ª Seção desta Corte no sentido da irretroatividade da Lei nº 10.174/2001, de maneira que, com base nela não se autoriza a quebra do sigilo bancário referentemente a anos-calendários anteriores".

⁸⁶ Princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas, disponível em: www.dandrea.adv.br. Acesso em julho de 2006.

(TRF 4ª R. – AP-MS 2002.70.02.006740-8 – PR – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares – DJU 19.11.2003 – p. 786).

"COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – PROVENTOS – BENS PENHORÁVEIS – É válida a penhora de proventos de benefícios previdenciários, comprovada a inexistência de outros bens que garantam o crédito trabalhista, vez que este goza do status de alimentar, não sendo razoável sacrificar totalmente um direito fundamental em favor de outro. Esta é a decorrência da aplicação dos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática, da proporcionalidade e da razoabilidade para o caso de colisão de direitos fundamentais". (TRT 22ª R. – AP 2444 – (0215/2002) – Rel. Juiz Francisco Meton Marques de Lima – DJE 22.03.2002 – p. 15).

- *Eficácia negativa dos direitos fundamentais:*
 "APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL – PARALISAÇÃO DE SERVIDORES POR UM SÓ DIA – CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS – IMPOSSIBILIDADE DE REPRESÁLIAS ADMINISTRATIVAS – IMPROVIMENTO – 1. Os direitos fundamentais, ainda que assegurados mediante normas que não possuam aplicabilidade imediata, albergam o que a doutrina denomina de eficácia negativa, de modo a não tolerar que o legislador ou administrador leve a cabo atos que atentem contra o seu conteúdo. 2. A despeito de depender de integração legislativa, o direito de greve do servidor público, exercido em um só dia, com a preservação da continuidade dos serviços essenciais, não justifica a aplicação de consequências detrimntosas aos servidores pela Administração. 3. Apelo e remessa oficial improvidas". (TRF 5ª R. – AC 215805 – (2000.05.00.023175-9) – SE – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Ridalvo Costa – DJU 18.12.2003 – p. 390).

Aplicabilidade dos direitos fundamentais:
 "APELAÇÃO CÍVEL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO ESSENCIAIS E INDISPENSÁVEIS À SAÚDE DA AUTORA – RESPONSABILIDADE DO ESTADO – VERBA HONORÁRIA – É responsabilidade do Estado, por força de disposição constitucional e infraconstitucional, o fornecimento de medicamentos, bem como todos os tipos de exames essenciais e indispensáveis à saúde do cidadão. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. O direito à saúde, pela nova ordem constitucional, foi elevado ao nível dos direitos e garantias fundamentais, sendo direito de todos e dever do Estado. Aplicabilidade imediata dos princípios e normas que regem a matéria. Procedência da demanda. Sucumbência. Verba honorária. Cabimento. Sendo o Estado perdedor da demanda, responde pela sucumbência. A verba honorária, contudo, deve atender às diretrizes traçadas no art. 20, § 4º, do CPC, uma vez vencida a Fazenda Pública estadual. Apelação parcialmente provida". (TJRS – APC 70007345085 – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick – J. 12.11.2003).

- *Titularidade dos direitos fundamentais:*
 "DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS – ESTRANGEIROS – PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO – PRISÃO – RECURSO DA DEFESA – INVIABILIDADE – 1. A teor do disposto na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, os estrangeiros residentes no País têm jus aos direitos e garantias fundamentais. 2. Uma vez configurado o excesso de prazo, cumpre, em prol da intangibilidade da ordem jurídica constitucional, afastar a custódia preventiva". (...). (STF – HC 74.051 – SC – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 20.09.1996).

Interessante ressaltar a dificuldade de encontrar o conflito entre as cláusulas pétreas, em alguns julgados demonstrados acima. Todo princípio constitucional não explícito no art. 60, § 4º, incs. I a IV, da CF/88 é cláusula pétrea implícita, geralmente nesses casos, o

princípio da dignidade da pessoa, ou do interesse público estará conflitando com o da segurança jurídica.

CONCLUSÃO

A relativização das cláusulas pétreas acontece no caso concreto, quando o Poder Judiciário é provocado pelos contenciosos em que ambos invocam a proteção das cláusulas imutáveis inseridas na Constituição pelo Poder Constituinte Originário.

A imutabilidade das cláusulas pétreas não significa que são absolutas, ilimitadas, razão pela qual devem ser relativizadas quando autoconfrontadas, mas jamais suprimidas do texto constitucional.

A técnica que o juiz utiliza para dirimir esse conflito é a ponderação de valores ou interesses, com base no princípio constitucional da razoabilidade herdada do direito alemão ou da proporcionalidade herdada do direito norte-americano, que expressam significados idênticos, em outras palavras, dizem a mesma coisa.

Os critérios tradicionais de solução de conflitos de leis como o da hierarquia, o cronológico e o da especialização, não servem para normas constitucionais em tensão. A justificativa é que, sendo parte da base que sustenta o ordenamento jurídico, as cláusulas pétreas são princípios a serem observados.

Isso explica a inexistência de supremacia de uma cláusula sobre outra, devendo o intérprete-juiz, no caso concreto, dar solução que mais se aproxima do ideário constitucional, um resultado socialmente desejável com o mínimo de relativização dos princípios.

O principal motivo que levou o constituinte originário a gravar cláusulas pétreas foi a preservação do Estado Democrático de Direito, como forma de evitar o retorno de regimes

autoritários, centralizadores contrários à federação e aos direitos fundamentais, sabedor da defeituosa representação democrática no Brasil.

O Estado brasileiro apresenta característica de ser Estado Constitucional Democrático de Direito. Para isso, tem uma Constituição no vértice de seu ordenamento jurídico que exige adequação das demais leis, sob pena de serem inconstitucionais ou não recepcionadas.

O grande avanço do Estado Constitucional Democrático de Direito está em submeter à produção legislativa a normas formais e matérias, decorrentes da própria da Constituição.

A adequação de leis e atos normativos estaduais e federais, de normas constitucionais no aspecto formal, de emendas constitucionais e de tratados internacionais que ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro estão sujeitos ao controle de constitucionalidade.

No Brasil, esse controle é atribuído ao Poder Judiciário, por meio do controle difuso entre as partes em que a inconstitucionalidade é declarada pelo juiz ou tribunal, e também, por meio de controle concentrado em que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, em tese, é declarada somente por um único tribunal, o STF.

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, por meio de interpretação sistemática, reconhece a existência de cláusulas pétreas, além daquelas expressamente previstas no art. 60, § 4º, I a IV, da CF/88.

A postura mais agressiva do STF tem incomodado os outros dois poderes, principalmente o Legislativo, que repudia as decisões de efeito geral e abstrato sob o argumento de invadir suas funções orgânicas.

O temor reside na instalação de um governo de juízes, que cumprindo os valores republicanos e democráticos insertos na Constituição, prejudique os privilégios das classes dominantes que historicamente se revezam no poder.

O meio utilizado para conter o Poder Judiciário foi desmoralizá-lo perante a opinião pública, seguida de emendas à Constituição, como a EC/45 que inseriu a desnecessária súmula vinculante.

A fragilidade do Poder Judiciário reside no apego excessivo a sua função orgânica, com pouca participação na direção política do País, em razão da sua interpretação rígida em relação ao princípio da separação dos poderes.

A interpretação constitucional judicial considerada uma espécie de interpretação jurídica, apresenta a característica política, de pouca aceitação pela jurisdição comum.

Apesar de ter surgido como técnicas especiais de decisão pelos tribunais constitucionais, a exemplo da interpretação conforme a Constituição, a nulidade parcial sem redução de texto e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade podem ser utilizadas por qualquer órgão judicial em sede de controle de constitucionalidade.

A resistência em se admitir que na interpretação da lei, a justeza reside em escolher uma entre as várias possibilidades reveladas, se encontra na formação e seleção dos juízes.

Os cursos jurídicos das faculdades de direito ou preparatórios dão preferência às disciplinas práticas, para se adequar às exigências dos concursos de carreiras jurídicas que selecionam seus candidatos por meio de dois critérios essenciais: capacidade de memorização e raciocínio lógico.

O raciocínio jurídico fica em segundo plano. Seleciona-se para atuar nas mais importantes funções públicas, os operadores do direito e não mais juristas. Dessa forma, o Poder Judiciário se torna vítima do conluio do Executivo com o Legislativo.

O contexto atual exige reação do Poder Judiciário por meio da interpretação constitucional judicial, fazendo valer os valores constitucionais para a concretização dos direitos sociais fundamentais, se legitimando perante a sociedade.

A relativização das cláusulas pétreas demonstra nessa tentativa de superação histórica, a possibilidade do direito brasileiro reencontrar seu verdadeiro fim que é a justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACIOLI, Bruno Caiado de. **O Princípio do Sigilo de Fonte e as suas Limitações**. Consulex - Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 10, n. 217, p. 28, jan. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. p. 33

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4 ed. 1999, p.55.

BUDÓ, Marília Denardin. **Flexibilização do Direito do Trabalho e a justiça social**. Disponível em: <http://w.w.w.ufsm.br/artigos/flexibilização-clt.htm>. Acesso em 21/12/05.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Cláusulas pétreas na Constituição de 1988**. Disponível em: www.suigeneris.pro.br/direito_dc_petreas.htm.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. -12. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva: 2005, p. 269.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**. Curitiba: Juruá, 1999, p.45.

DESEN JÚNIOR, Gabriel. **Curso completo de Direito Constitucional**. Vol. 1. 9 ed. Brasília: Vestcon, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 227.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Refundar o Estado**. Consulex - Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 9, n. 210, p.66, out.. 2005.

ELUF, Luiza Nagib. **Um País de analfabetos**. Consulex - Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 9, n. 212, p. 52, nov. 2005.

FERRAZ, Anna cândida da Cunha. **Processos informais de mudança na Constituição, mutações constitucionais e inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.5

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10

FREITAS, Luiz Fernando. **Princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas**. Dispo nível em: www.dandrea.adv.br. Acesso em julho de 2006.

GARCIA, Nei Comis. **Cláusulas pétreas e os Direitos Sociais**. Disponível na Internet: http://www.tex.pro.br/wwwroot/clausulas_petreas_nei_comis_garcia.htm. acesso em setembro de 2005

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Aurélio, século XXI, o dicionário da língua portuguesa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 8 ed. São Paulo: Método, 2005, p.250.

LIMA, Teófilo Lourenço de. **Manual básico para elaboração de monografia**. 3 ed. Canoas: Ulbra, 1999.

LUCENA, Miguel. Disponível em: <http://www.ultimainstancia.uol.com.br/colunas//ler.noticia.php?id=Noticia=26941>. Acesso em 07/08/06.

MAGALHÃES, José Luiz. **Quadro de Direitos Humanos, sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.10.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1991, p.20.

NADAL, Fábio. **A Constituição como mito, o mito como discurso legitimador da Constituição**. São Paulo: Método, 2006, p.66.

PEREZ, George Uilerson Pantaroto, DANTAS, João Paulo Serram. **Direito de crença: relativização dos direitos e garantias fundamentais**. Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 10, n. 226, p. 56, jun. 2006.

PIERDONÁ, Zélia Luíza. **O Direito Previdenciário como Direito Fundamental**. Revista de Direito Social 6 – 2002 – Doutrina, p. 43.

REIS, Palhares Moreira. **Inconstitucionalidade das emendas constitucionais na Carta Federal de 1988**. Consulex - Revista Jurídica, Brasília, DF, ano 9, n. 209, p.57, set. 2005.

RIOS, Flávia Cunha. **A relativização da coisa julgada e aspectos processuais**. Direito Público. Porto alegre: síntese, Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2005, v.3, n.11, p.5.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Reforma do Poder Judiciário e a crise de constitucionalidade**. TAVARES, André Ramos, LENZA Pedro, ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.). Reforma do Judiciário: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p.523.

SANTOS, Willian Douglas Resinete dos. **Como passar em provas e concursos: tudo o que você precisa saber e nunca teve a quem perguntar**. 17 ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p.370.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 46.

STRECK, Lênio Luiz. **A Jurisdição Constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição, um balanço crítico**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n.3, 2003, p.380.

VELOSO, Carlos Mário S. **A renovação no Supremo Tribunal Federal**. Revista Da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 3, 2003, p. 20.

VIEIRA, Liliane dos Santos Vieira. **Pesquisa e monografia jurídica na era da informática**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

VILLAS-BÔAS, Renata Malta. **O ensino jurídico e a resolução nº 9/04**. Consulex – Prática Jurídica, Brasília, DF, ano 5, n. 49, p.25, abr. 2006.

PARECER DE ADMISSIBILIDADE

A presente Monografia Jurídica apresentada pelo acadêmico Emílio Massaki Matsubara, sobre o tema “Relativização das Cláusulas Pétreas” encontra-se de acordo com as normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), cumprindo, portanto, o regulamento do trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito pela Universidade Federal de Rondônia – UNIR, *campus* de Cacoal/RO.

Ante o exposto, opino pelo recebimento e aprovação da monografia apresentada.

Cacoal-RO, ____ de _____ de 2006

Profº Ms. Francisco José Garcia Figueiredo

Professor Orientador